



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000412924

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2009205-48.2025.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é agravante FORCEMIX ENGENHARIA DE CONCRETO LTDA, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PARDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), RICARDO CHIMENTI E MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI

Relator

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 11328

Agravo de Instrumento nº2009205-48.2025.8.26.0000

Comarca: São José do Rio Pardo

Agravante: Forcemix Engenharia de Concreto Ltda (autora)

Agravado: Município de São José do Rio Pardo (réu)

Ementa: Agravo de instrumento – "Ação Declaratória de não incidência de ISSQN sobre o valor dos materiais empregados no serviço de concretagem c.c pedido de inexistência de débito tributário" – Município de São José do Rio Pardo – Decisão que indeferiu a antecipação da tutela de urgência – Insurgência da autora para que seja determinada a *"imediata liberação do mecanismo (campo) no sistema eletrônico SONNER que permite o registro da escrituração fiscal com as devidas deduções dos valores referentes ao material empregado em seus serviços, na base de cálculo do ISSQN"* – Não Cabimento – Dedução da base de cálculo do imposto municipal, na vigência da LC nº 116/2003, está limitada aos materiais produzidos pelo prestador fora do local da obra e comercializados com a incidência do ICMS – Posicionamento recente do E. STF e do C. STJ, seguida por esta Câmara – Requisitos previstos no art. 300, do CPC, não preenchidos – Decisão mantida – Recurso não provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **FORCEMIX Engenharia de Concreto Ltda.** inicialmente no curso do procedimento de tutela de urgência em caráter antecedente nº1000030-68.2025.8.26.0575, tendo por fundamento os artigos 303 e seguintes do CPC, que propôs contra **Município de São José do Rio Pardo**, tendo por objeto, em resumo, *"consolidando a tutela deferida, a fim de que o mecanismo (campo) no sistema eletrônico SONNER da Requerida seja permanentemente liberado para que sejam efetuadas as devidas deduções dos valores dos materiais empregados nos serviços da Autora, na base de cálculo do ISSQN, além de serem acatados os demais pedidos de tutela final que serão oportuna e tempestivamente apresentados"* ou seja, *"para atender ao contido no artigo 303 do Código de Processo Civil, como indicação do pedido da tutela final, informa a Autora que irá aditar a petição inicial, no prazo legal, objetivando o reconhecimento do direito de dedução dos valores dos materiais utilizados em seus*

serviços, conforme o art. 7º, § 2º, I, da Lei Complementar nº 116/2003, à desconstituição dos valores referentes ao ISSQN lançados pela Prefeitura sobre os valores dos materiais empregados pela Autora em suas atividades (constantes das notificações em anexo), bem como pleiteando a definitiva condenação da Requerida a liberar o mecanismo (campo) no sistema eletrônico SONNER que permite o registro da escrituração fiscal com as devidas deduções".

Naqueles autos, ao apreciar o pedido liminar, o juízo de primeiro indeferiu a antecipação da tutela de urgência, mesmo porque *"a medida pleiteada pela autora implica em antecipação substancial do pronunciamento definitivo, o que conduz ao pré-julgamento da lide em prejuízo do direito da requerida ao contraditório e à ampla defesa, sendo necessário o aperfeiçoamento da relação processual horizontal, notadamente por se tratar, no caso, de matéria sujeita à dilação probatória"*, bem como, nos termos do artigo 303, §1º, I, do CPC, determinou que a autora proceda ao aditamento da inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 303, §2º, do mesmo Codex (fls.283/284).

Discordando da r. Decisão de fls.283/284, a autora FORCEMIX interpôs este recurso, em síntese, reiterando os argumentos e fundamentos jurídicos já declinados no procedimento de tutela antecedente, em especial, o seu direito à dedução dos materiais utilizados nos serviços de usinagem de concreto e argamassa, consistente na mistura de água, cimento, pedra britada e areia, por meio de betoneiras que vão acopladas a caminhões, justamente para possibilitar ao fisco o controle da exatidão dos valores para a incidência do imposto serviços, deduzindo, da base de cálculo do ISSQN o valor correspondente ao material empregado, o que ocorre desde o início de suas atividades em 19/12/2000. Apontou, também, que teve seu legítimo direito reconhecido nos autos do Mandado de Segurança nº1000949-09.2015.8.26.0575. Requereu, liminarmente, a concessão do efeito ativo, com a antecipação da tutela recursal para determinar *"a imediata liberação do mecanismo (campo) no sistema eletrônico SONNER que permite o registro da escrituração fiscal com as devidas deduções dos valores referentes ao material*

empregado em seus serviços, na base de cálculo do ISSQN" e, ao final, a reforma da r. decisão combatida, tornando definitiva a medida liminar de antecipação da tutela (fls.1/10 do agravo). Reiterou seus pedidos e juntou documentos (fls.15/66 do agravo).

Nos termos da Decisão de fls.67/82, o pedido INICIAL de antecipação da tutela recursal, com fundamento nos artigos 300 e 1.019, I, ambos do CPC, como pretendido pela autora, foi apreciado e indeferido em segundo grau.

Na sequência, a autora FORCEMIX compareceu para informar, em síntese, que ADITOU a petição inicial da ação principal visando *"demonstrar que o quadro fático está em consonância com o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à dedução da base de cálculo do ISSQN devido, dos valores dos materiais utilizados nos serviços de concretagem"*, bem como apresentou farta documentação (as Notas Fiscais de fls.378 a 8.262) em que *"há referência específica e discriminada dos materiais (cimento, brita, areia, aditivo) utilizados na preparação de massa de concreto e argamassa para efeitos de dedução, havendo especificação de quantidade, peso, metragem e valores dos materiais aplicados e dos serviços e o efetivo emprego na obra, a fim de possibilitar ao Fisco o controle da exatidão dos valores"*. Nessa esteira, pugnou por *"nova análise do pedido liminar frente ao ora exposto, a fim de conceder a tutela pleiteada"* neste agravo (fls.86/87).

Entretanto, diante de consulta realizada via SAJ, além do aditamento à inicial apresentado ter sido para propor *"ação declaratória de não incidência de ISSQN sobre o valor dos materiais empregados no serviço de concretagem c.c. pedido de inexistência de débito tributário"* (fls.319/327), verificou-se que expressamente aduziu novo pedido ao juízo de primeiro grau para *"o REEXAME do pedido de tutela de urgência de caráter antecedente requerido, concedendo-o nos moldes delineados na inicial"* – grifo no original (fls.327 – item B, em especial).

Nessa esteira, sob pena de supressão da instância inicial e por analogia ao disposto no §1º do artigo 1.018 do CPC, os autos permaneceram em em Cartório até que a agravante peticionasse e comunicasse a decisão do juízo de primeiro grau

para o novo pedido de reexame feito naqueles autos (fls.104/105).

Agora comparece a autora FORCEMIX para informar que o juízo de primeiro grau, em que pese o alegado na petição e nos documentos encartados às fls.319/8262, manteve a decisão de indeferimento do pedido liminar (fls.283/284) "*por seus próprios fundamentos*", juntando cópia da decisão. Ao final, pugna por nova análise do pedido liminar frente ao exposto às fls. 86/87, a fim de conceder a tutela pleiteada (fls.111/112).

A antecipação da tutela recursal foi indeferida, "*nos termos dos artigos 300 e 1.019, I, ambos do CPC*" (fls.113/128).

Recurso tempestivo, preparado e livremente distribuído (fls.11/13).

Contraminuta às fls.132/140.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de fls.1/10.

Inicialmente, ao contrário do que sustenta a agravante, quando analisado (via SAJ) os autos da ação mandamental nº1000949-09.2015.8.26.0575, já transitada em julgado (fls.319), a autora não teve qualquer direito reconhecido, pois em Segundo Grau, a segurança foi DENEGADA expressamente nos termos do v. Acórdão de fls.101/106, assim ementado:

*"Mandado de segurança - Serviço de concretagem - ISSQN - Dedução da base de cálculo do ISSQN dos materiais empregados na execução do serviço - Inteligência do artigo 7º, parágrafo 2º, I, da L.C. nº 116/2003 - Ausência de especificação nas notas quanto aos materiais empregados - Autora não se desincumbiu do ônus da prova, nos termos do art. 333, inciso I do CPC - Sentença reformada para denegar a segurança - **Reexame necessário provido**" (grifei)*

No mais, conforme já destacado no despacho inicial de fls.113/128:

“Quanto ao pedido liminar, observo que a aferição da presença dos requisitos autorizadores para concessão da tutela recursal, ou para deferimento do efeito suspensivo ativo ao recurso, mesmo que em parte, exige apenas uma cognição sumária, reservada a cognição exauriente para o momento do julgamento do mérito do recurso.

E, tratando-se de pedido de tutela de urgência nos autos da ação mandamental, temos:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º - Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Consequentemente, nos termos do artigo 932, II, do CPC, para a apreciação de tutela, seja provisória, seja de urgência, caberá examinar se está demonstrada, a princípio, a plausibilidade do direito invocado, bem como o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, finalmente, se há perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão ao erário municipal, nos termos do §3º do artigo 300 do CPC.

Assim, em sede de cognição sumária, ausente qualquer um dos

três requisitos expressos pelo artigo 300 do CPC, a antecipação da tutela não poderá ser concedida.

Diante do acima relatado, bem como dos limites deste agravo, todos balizados pelos pedidos liminares e de mérito recursal, apesar da emenda à petição inicial ls.319/327), a pretensão da autora continua no sentido de que seja autorizado liminarmente a dedução da base de cálculo do ISSQN devido, dos valores dos materiais utilizados nos serviços de usinagem de concreto e argamassa, ou seja, água, cimento, pedra britada e areia, justamente para possibilitar ao fisco o controle da exatidão dos valores de seus serviços para a incidência do ISSQN.

Entretanto, como já apontado anteriormente, o posicionamento da recente jurisprudência do E. STF e do C. STJ, seguida por esta Câmara, a princípio, não se reconhece a possibilidade IRRESTRITA de dedução da base de cálculo do ISSQN de qualquer material empregado pelo prestador de serviços de concretagem na construção civil.

O instituto da antecipação da tutela funda-se, efetivamente, no juízo de probabilidade, procurando evitar o perecimento do direito do jurisdicionado ou maiores prejuízos.

Sua concessão depende do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 300, caput, do CPC/2015: probabilidade do direito, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Não se pode perder de vista a excepcionalidade desse dispositivo, porquanto a probabilidade do direito deve estar evidenciada por prova segura quanto à certeza de procedência da ação, pena de se violar a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

De rigor ressaltar que somente se permite adiantar a tutela quando o prognóstico de uma sentença de procedência é quase infalível, próximo da certeza.

Se houver dúvida da firmeza e solidez do direito que se alega ter sido violado, a prudência exige o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo. **(ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.**

Com efeito, a dedução da base de cálculo do imposto municipal, na vigência da LC nº 116/03, está limitada aos materiais produzidos pelo prestador fora do local da obra e comercializados com a incidência do ICMS.

Nesse sentido, recente precedente deste Colegiado em caso análogo relatado pelo Ilustre Des. Marcelo L. Theodósio, assim fundamentado:

“A tese definida pelo C. Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário com repercussão geral (RE 603.497/MG), e que, na análise de fatos ocorridos sob a égide exclusiva do Decreto-Lei 406/1968 e do seu artigo 9º, § 2º, reconheceu como cabível a dedução da base de cálculo do ISS do valor dos materiais empregados na construção civil (objeto do Tema 247), não abrange fato gerador ocorrido na vigência da Lei Complementar n. 116/2003, como no caso dos autos.

Com efeito, a ratio decidendi do precedente, que é seguido por esta Câmara, se distingue do caso concreto, pois os fatos geradores aqui analisados ocorreram já na vigência da LC 116/2003 e sua respectiva lista anexa, não havendo que se aplicar as disposições do § 2º do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/1968, tampouco os precedentes jurisprudenciais nele fundados.

Ou seja, o que se pode deduzir da base de cálculo dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003 é o valor relativo ao “fornecimento de mercadorias

produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS”.

Um exame cronológico da questão no âmbito do C. Supremo Tribunal Federal revela que, em 04/02/2010, aquela Corte reconheceu a existência de repercussão geral da matéria contida no RE 603.497/MG, consoante a ementa a seguir colacionada:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS GASTOS COM MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, b, DO DECRETO-LEI 406/1968 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (RE 603497 RG, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-081 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-08 PP-01639)

Após o julgamento da repercussão geral, a ilustre Ministra Ellen Gracie, por meio de decisão monocrática, deu provimento ao Recurso Extraordinário n. 603.497 nos seguintes termos:

“Decisão. 1. A hipótese dos autos versa sobre a constitucionalidade da incidência do ISS sobre materiais empregados na construção civil. O acórdão assim decidiu: “TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. MATERIAL EMPREGADO. DEDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a base de cálculo do ISS é o preço total do serviço, de maneira que, na hipótese de construção civil, não pode haver a subtração do material empregado para efeito de definição da base de cálculo. Precedentes de Corte. Agravo regimental improvido.” 2. Este Tribunal, no julgamento do RE 603.497, de minha relatoria, reconheceu a existência da

repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados. Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil. Cito os seguintes julgados: RE 262.598, red. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 27.09.2007; RE 362.666-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 27.03.2008; RE 239.360-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 31.07.2008; RE 438.166-AgR, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 28.04.2006; AI 619.095-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 17.08.2007; RE 214.414-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 29.11.2002; AI 675.163, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 06.09.2007; RE 575.684, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 15.09.2009; AI 720.338, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 25.02.2009; RE 602.618, rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.09.2009. O acórdão recorrido divergiu desse entendimento. 3. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário. Restabeleço os ônus fixados na sentença. Julgo prejudicado o pedido de ingresso como “amicus curiae” formulado pela Confederação Nacional dos Municípios - CNM (Petição STF 42.520/2010 - fls. 524-541), bem como o recurso interposto pela Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras - ABRASF (fls. 505-521), em face da presente decisão. Publique-se. Brasília, 18 de agosto de 2010. Ministra Ellen Gracie - Relatora”

Decorrido quase uma década desde o julgamento do Recurso Extraordinário em epígrafe, a Corte Suprema, ao julgar o segundo Agravo Interno interposto nos autos do referido RE 603.497/MG, reafirmou a tese quanto à recepção do art. 9º, § 2º, do DL 406/1968 pela Constituição Federal de 1988, assentando, todavia, que não era o caso de se reformar o acórdão recorrido, oriundo do E. STJ, uma vez que a adoção de uma interpretação restritiva do artigo 9º, § 2º, do DL 406/68, segundo a qual somente são dedutíveis as

Agravo de Instrumento nº 2009205-48.2025.8.26.0000 -Voto nº 11328

mercadorias produzidas fora do local da prestação do serviço e submetidas ao recolhimento do ICMS, não ofende a Constituição Federal. Confira-se:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. MATERIAL EMPREGADO. DEDUÇÃO. RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, “A”, DO DL 406/1968. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO DESTOA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, reafirmada na decisão agravada, circunscreve-se a asseverar recepcionado, pela Carta de 1988, o art. 9º, § 2º, “a”, do DL 406/1968, sem, contudo, estabelecer interpretação sobre o seu alcance nem analisar sua subsistência frente à legislação que lhe sucedeu em especial, a LC 116/2003 -, tarefas de competência do Superior Tribunal de Justiça. 2. No caso, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, objeto do recurso extraordinário, não destoou da jurisprudência desta Suprema Corte, porque, sem contrariar a premissa de que o art. 9º, § 2º, “a”, do DL 406/1968 foi recepcionado pela atual ordem constitucional, e considerada, ainda, a superveniência do art. 7º, § 2º, I, da LC 116/2003, restringiu-se a delimitar a interpretação dos referidos preceitos infraconstitucionais, para concluir pela ausência, na espécie, dos requisitos para a dedução, da base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de materiais utilizados no fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil. 3. Agravo interno conhecido e parcialmente provido, para, reafirmada a tese da recepção do art. 9º, § 2º, do DL 406/1968 pela Carta de 1988, assentar que sua aplicação ao caso concreto não enseja reforma do acórdão do STJ, uma vez que aquela Corte Superior, à luz do estatuído no art. 105, III, da Constituição da República, sem negar a premissa da recepção do referido dispositivo

legal, limitou-se a fixar-lhe o respectivo alcance”. (RE 603497 AgR-segundo, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-201 - DIVULG 12/08/2020 - PUBLIC 13/08/2020)

Constou da fundamentação do v. acórdão as seguintes ponderações da ilustre Ministra Relatora Rosa Weber:

“Pois bem, firmada a premissa de que o serviço de concretagem está sujeito ao ISS, o STJ passou a enfrentar a questão relativa à base de cálculo e, especificamente, ao direito à dedução dos valores gastos com materiais, conferindo-lhe resposta negativa. [...] Os fundamentos que sustentam tal orientação jurisprudencial foram expostos no julgado referido, cuja ementa evidencia a adoção da exegese restritiva da cláusula de dedução, limitada às mercadorias produzidas fora do local da prestação do serviço e comercializadas por contribuinte do ICMS:[...] Essa exegese é restritiva, mas não se mostra ofensiva à Constituição da República. Implica a aplicação do art. 9, § 2º, a, do DL 406/1968 apenas àquelas hipóteses em que o prestador do serviço é contribuinte do ICM-ICMS e fornece mercadorias paralelamente à prestação do serviço. Recordo, à demasia, que essa interpretação restritiva dada pelo STJ tem respaldo na doutrina, como elucida Kiyoshi Harada, tratando da questão frente à LC nº 116/2003: 'Conforme prescreve o inciso I, do § 2º, não se inclui na base de cálculo do ISS o valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços (execução de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica, e serviços de reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas e pontes, portos ou congêneres), porque nessas hipóteses o valor dos materiais fica sujeito ao ICMS'. Na mesma linha, Anna Cordelli Alves ressalta que a aplicação do art. 7º, § 2º, da LC nº 116/2003 depende das peculiaridades da relação contratual,

podendo ensejar a incidência simultânea do ISS e do ICMS ou apenas do ISS, sobre o valor total da operação, fato este que evidencia com base no exemplo das empreitadas de obra mista. 'No mesmo exemplo dado, configura-se tal hipótese quando o tomador contrate pura e simplesmente a reforma do imóvel, sem qualquer exigência referente a materiais a serem utilizados. Nesse caso, o preço acordado estará remunerando a execução da reforma e deverá ser tomado, como um todo (serviço + fornecimento de materiais), para fins de cálculo do ISS devido.' De qualquer modo, a este Supremo Tribunal Federal não incumbe revisar a exegese perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, mas apenas verificar se, ao acolhê-la, aquela Corte não incorreu em ofensa à Carta da República, violando o arquétipo constitucional do Imposto sobre Serviços. E, no caso dos autos, não vislumbro ofensa alguma à Carta Magna."

Ademais, a divergência de interpretação quanto às regras de dedução do ISSQN cabe ao E. STJ.

O Tribunal Superior, a toda evidência, confirmou em recente julgado que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço de construção civil contratado, não sendo possível deduzir os materiais empregados, salvo se produzidos pelo prestador fora do local da obra e por ele comercializados com a incidência do ICMS. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ACÓRDÃO COMBATIDO. DECISÃO SURPRESA. INEXISTÊNCIA. ISS. BASE DE CÁLCULO. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. DEDUÇÃO DOS MATERIAIS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A valoração jurídica diversa, calcada nos fatos da causa, dada pelo magistrado à atividade empresarial da contribuinte não caracteriza decisão surpresa que justifique a anulação do julgado. 2. Esta Corte Superior há muito consolidou o entendimento de que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço de construção civil contratado, não sendo possível

deduzir os materiais empregados, salvo se produzidos pelo prestador fora do local da obra e por ele destacadamente comercializados com a incidência do ICMS. Precedentes. 3. O Supremo Tribunal Federal, ao proferir o primeiro julgamento do RE 603.497/MG (Tema 247 do STF), em 31/08/2010 (DJ 16/09/2010), decidiu reformar acórdão do STJ com fundamento no entendimento do Pretório Excelso sobre a "possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil". 4. A partir desse momento, esta Corte Superior, buscando alinhar a sua jurisprudência à referida decisão da Suprema Corte, começou a decidir naquele mesmo sentido, como se observa, a título de exemplo, no AgRg nos EAREsp n. 113.482/SC, relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 27/2/2013, DJe 12/3/2013. 5. Entretanto, mais recentemente, em 03/07/2020 (publicação da ata de julgamento em 13/07/2020), nos mesmos autos do RE 603.497/MG, o STF deu parcial provimento a agravo interno para, reafirmando a tese de recepção do art. 9º, § 2º, do DL n. 406/1968 pela Constituição de 1988, assentar que a aplicação dessa tese naquele caso concreto não ensejou reforma do acórdão do STJ, ficando evidenciada, no referido julgamento, a intenção do Pretório Excelso de preservar a orientação jurisprudencial que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou no âmbito infraconstitucional acerca da impossibilidade de dedução dos materiais empregados da base de cálculo do ISS incidente sobre serviço de construção civil. 6. Diante desse último pronunciamento da Suprema Corte no julgamento do seu Tema 247, há de voltar a ser prestigiada a vetusta jurisprudência do STJ sobre o tema. 7. Hipótese em que a parte autora nem sequer alegou, muito menos comprovou, que comercializou de forma apartada os materiais empregados nos serviços de concretagem e submeteu o valor deles à tributação pelo ICMS, de modo que não faz jus à pretendida dedução da base de cálculo de ISS. 8. Recurso especial desprovido". (REsp n. 1.916.376/RS, relator Ministro Gurgel

de Faria, STJ, Primeira Turma, julgado em 14/03/2023, DJe de 18/04/2023)

Em que pese a possibilidade da referida dedução, observo que é necessária a efetiva prova da utilização dos materiais, mediante a juntada de notas fiscais que discriminem e especifiquem quais os materiais contratados, bem como os seus valores, prova que, todavia, o autor não realizou.

No caso dos autos, a parte autora não juntou aos autos qualquer elemento probatório que permitisse a comprovação de que os materiais utilizados foram produzidos pelo prestador fora do local da obra, tampouco que foram comercializados com a incidência do ICMS, tratando-se, portanto, do não cumprimento do ônus probatório, nos termos do art. 373, I do CPC.

Nesse mesmo sentido, precedente desta E. 18ª Câmara de Direito Público:

“JUÍZO DE RETRATAÇÃO. Artigo 1.030, II, do CPC/2015. Acórdão proferido na apelação que deu provimento ao recurso fazendário e reconheceu ser incabível a dedução dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do ISS questionado, eis que não comprovado que as mercadorias foram produzidas pelo prestador, fora do local da prestação dos serviços e que foram submetidas ao recolhimento do ICMS. Julgamento do Segundo Ag. Reg. no RE 603.497/MG pelo C. STF (tema 247). Devolução à Turma Julgadora para adequação ou manutenção da decisão. Ausência de divergência entre a conclusão do v. aresto reexaminado e o acórdão paradigma (Segundo Ag. Reg. no RE 603.497/MG, tema 247 do STF). Entendimento manifestado pela Corte Constitucional, no sentido de que a exegese restritiva da cláusula de dedução não implica ofensa à Constituição Federal, tampouco à tese de recepção do art. 9º, §

2º, do DL 406/68. A análise do processo legislativo que culminou na edição da LC 116/03, ademais, revela que o intuito do legislador, ao prever a possibilidade de dedução dos materiais no caso dos subitens 7.02 e 7.05, foi de evitar a incidência simultânea do ICMS e ISS sobre tais mercadorias. Manutenção do v. Aresto recorrido, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (artigos 1.030, II, e 1.040, II, do CPC/2015)”. (TJSP; Apelação Cível 0001833-18.2011.8.26.0568; Relator(a): RICARDO CHIMENTI; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 23/03/2023; Data de Registro: 27/03/2023)

A bem da verdade, é possível depreender-se, sob a perspectiva do próprio legislador e através das discussões travadas no âmbito do processo legislativo, que o seu intuito, ao prever a possibilidade de dedução dos materiais empregados na construção civil, foi tão somente de evitar a bitributação sobre mercadorias produzidas pelo prestador do serviço fora do local da obra e que por isso já submetiam o mesmo sujeito passivo ao recolhimento do ICMS sobre o respectivo valor, e não de conceder a um setor específico da economia (construção civil) um benefício fiscal incondicionado, com a exclusão do valor dos insumos da base de cálculo do ISS, especialmente se considerarmos que, regra geral, os insumos utilizados na prestação dos demais serviços são incluídos no preço do serviço, o qual corresponde, por sua vez, à base de cálculo do ISS.

Significa dizer que não há qualquer discordância da tese definida pelo C. Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (RE 603.497/MG), a qual, conforme já mencionado, expressamente admite a adoção de uma interpretação restritiva da cláusula de dedução, à luz das disposições da LC 116/03, sem que isto implique ofensa à Constituição Federal ou à tese de recepção do artigo 9º, § 1º, do DL 406/68.

Portanto, correto o juízo a quo, vez que a improcedência da demanda é medida que se impõe no caso em tela.” (AP nº1000158-91.2023.8.26.0047, j. 27/05/2024).

Neste contexto, e considerando os novos limites estabelecidos na presente *ação declaratória de não incidência de ISSQN sobre o valor dos materiais empregados no serviço de concretagem, com pedido de inexistência de débito tributário*, bem como o reiterado pedido liminar, mesmo após a juntada da nova documentação aos autos principais (Notas Fiscais de fls.378 a 8.262), concluo que, definitivamente, não está presente o requisito essencial previsto no artigo 300 do Código de Processo Civil, qual seja, a plausibilidade do direito invocado.

Dessa forma, é de rigor a manutenção da r. decisão de fls.113/128, que indeferiu a tutela recursal pleiteada.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FÉLIXFISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, consoante especificado.

FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI

Relator